

DELITOS DE POSICIÓN Y DELITOS CON ELEMENTOS DE AUTORÍA MERAMENTE TIPIFICADORES

Nuevas bases para una distinción necesaria

Víctor Gómez Martín

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-01, p. 01:1-01:29. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-01 (2012), 26 feb]

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto dar respuesta a tres de las principales cuestiones concernientes a la teoría general de los delitos especiales. En primer lugar, se trata de conocer en qué consiste esta categoría delictiva. Esto es, abundar en el *concepto de delito especial*. En segunda instancia, resulta obligado saber cuál es el *fundamento material* de la restricción del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales. Y, por último, es preciso preguntarse si el *extraneus* que

participa en un delito especial debe responder penalmente, y, en caso afirmativo, si debe hacerlo con la misma pena que el *intraneus* o bien con una pena atenuada. Todo ello se desarrollará con especial atención al actual art. 65.3 CP, el precepto que nació con la vocación de dar respuesta, al menos en parte, a las cuestiones que han sido formuladas, y que tanta controversia viene generando en la doctrina española prácticamente desde el momento en que entró en vigor.

PALABRAS CLAVE: Teoría jurídica del delito, autoría, delitos especiales, injusto, deber jurídico, dominio del hecho, *extraneus*, *intraneus*, delitos de posición, delitos con elementos de autoría meramente tipificadores.

Fecha de publicación: 26 febrero 2012

SUMARIO: *I. PLANTEAMIENTO. II. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESTRICCIÓN DEL CÍRCULO DE POSIBLES AUTORES EN LOS DELITOS ESPECIALES. 1. UN PRESUPUESTO METODOLÓGICO: EL RECHAZO DE CRITERIOS CLASIFICATORIOS EXCLUSIVAMENTE FORMALES. 2. UN PUNTO DE PARTIDA: LA ASUNCIÓN DEL CRITERIO MATERIAL DE LAS TEORÍAS DEL INJUSTO ESPECIAL. 2.1. Planteamiento. 2.2. Las teorías de la norma especial. 2.3. Las teorías del deber jurídico especial. 2.3.1. La concepción de WELZEL y KAUFMANN.*

2.3.2. *La teoría de los Pflichtdelikte.* 2.4. *Las teorías de la posición especial.* 2.5. *Las teorías del dominio del hecho.* III. *UNA DISTINCIÓN NECESARIA: DELITOS DE POSICIÓN Y DELITOS CON ELEMENTOS DE AUTORÍA MERAMENTE TIPIFICADORES.*

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo tiene por objeto dar respuesta a tres de las principales cuestiones concernientes a la teoría general de los delitos especiales. En primer lugar, se trata de conocer en qué consiste esta categoría delictiva. Esto es, abundar en el *concepto de delito especial*. En segunda instancia, resulta obligado saber cuál es el *fundamento material* de la restricción del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales. Y, por último, es preciso preguntarse si el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder penalmente, y, en caso afirmativo, si debe hacerlo con la misma pena que el *intraneus* o bien con una pena atenuada. Todo ello se desarrollará con especial atención al actual art. 65.3 CP, el precepto que nació con la vocación de dar respuesta, al menos en parte, a las cuestiones que han sido formuladas, y que tanta controversia viene generando en la doctrina española prácticamente desde el momento en que entró en vigor.¹

(*) ABREVIATURAS: act.: actualización; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; AE: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, AT, 1966 (2ª ed., 1969); AFD: Anuario de Filosofía del Derecho; AP: Actualidad Penal; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; AT: Allgemeiner Teil; BayOLG: Oberlandsgericht Bayern; BGH: Bundesgerichtshof; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch; BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia; BSeuchenGesetz: Ley Federal de Epidemias; BT: Besonderer Teil; CADMC: Colección Análisis y Documentos del Ministerio de Cultura; CC: Código civil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CE: Constitución española; CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado; coord./coords.: coordinador/coordinadores; CP: Código penal español; CPC: Cuadernos de Política Criminal; D: Directiva; DStr.: Deutsches Strafrecht; dir.: director, directora; ed.: edición, editor; E. de M.: Exposición de Motivos; EGOWiG: Einführungsgesetz in das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; EPC: Estudios Penales y Criminológicos; FGE: Fiscalía General del Estado; FS: Festschrift für; FG-BG 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, IV, Strafrecht, Strafprozessrecht, 2000; FS-Binding: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911; FS-Bruns: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978; FG-Frank: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, II, 1930 (reimpr. 1969); FS-Gallas: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973; FS-Gleispach: Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf v. Gleispach, 1936; FS-Heinitz: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972; FS-Honig: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970; FS-Jescheck: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, I, 1985; FS-Klug: Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, 1983; FS-Lange: Festschrift für Richard Lange, 1976; FS-Maurach: Festschrift für Reinhard Maurach, 1972; FS-Mezger: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954; FS-Rittler: Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957; FS-Triffiterer: Festschrift für Otto Triffiterer zum 65. Geburtstag, 1996; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; GD-Armin: Kaufmann Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989; GG: Grundgesetz; GS: Der Gerichtssaal; JuS: Juristische Schulung; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JW: Juristische Wochenschrift; JZ: Juristische Zeitung; L: Ley; LH-Libro-Homenaje a; LH-Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, 1989; LH-Bacigalupo: Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, I y II, 2004; LH-Barbero Santos: Marino Barbero Santos. *In memoriam*, 2001; LH-Cerezo Mir: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-Homenaje al Profesor José Cerezo Mir, 2002; LH-Jiménez de Asúa: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, 1970; LH-Pérez de Vitoria: Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez de Vitoria, I, 1983; LH-Ruiz Antón: Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, 2004; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; LPI: Ley de Propiedad Intelectual; MDR: Monatschrift für deutsches Recht; MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, 2003; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; núm. marg.: número marginal; OLG: Oberlandsgericht; OwiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; ÖstGB: österreichisches Strafgesetzbuch; párr.: párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; RDL: Real Decreto Legislativo; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; REPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea:

II. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESTRICCIÓN DEL CÍRCULO DE POSIBLES AUTORES EN LOS DELITOS ESPECIALES

1. Un presupuesto metodológico: el rechazo de criterios clasificatorios exclusivamente formales

1. Definidos, pues, los delitos especiales como aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en el sentido ontológico del término, aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades *exigidos por la Ley*, e incorporado a dicho concepto el elemento consistente en que la delimitación del círculo de posibles autores se encuentre justificada en términos de protección del bien jurídico, procede conocer ahora cuándo puede considerarse que esto último ocurre. Planteado en otros términos: ¿Cuál es la razón material que impulsa al legislador a restringir el círculo de posibles autores de un delito con el objeto de proteger adecuadamente el correspondiente bien jurídico?

El análisis de esta cuestión, que no es otra que la relativa al *fundamento material* de la restricción legal del círculo de posibles autores operada por la Ley, permitirá conocer el auténtico contenido de injusto de dicha clase de delitos. La realización de dicho análisis de la mano de una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia española y alemana conduce a afirmar que el objeto de la misma se encuentra se encuentra lejos de estar resuelto. A tal circunstancia ha contribuido decisivamente la más que habitual aplicación de un método fundamentalmente

criminet.ugr.es/recpc); REFDUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; reimpr.: reimpresión; Rev. DP: Revista de Derecho penal; Rev. P: Revista Penal, La Ley; RG: Reichsgericht; RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia; RGSt.: Sentencia del Reichsgericht; RJCcat: Revista Jurídica de Cataluña; RStGB: Reichsstrafgesetzbuch; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SK: Systematischer Kommentar; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: traducción, traducido; TS: Tribunal Supremo; WK: Wiener Kommentar zum StGB; WStG: Wehrstrafgesetz; ZakDR: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht; ZSchR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ Todas estas cuestiones ya han sido ampliamente analizadas en otras numerosas contribuciones, entre las que cabe destacar las siguientes: GÓMEZ MARTÍN, V., La doctrina del "*Delictum sui generis*": ¿Queda algo en pie?, RECPC, 7 (2005); EL MISMO, "Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; EL MISMO, "El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿delito común o especial?". RDUMA, 223 (2006), pp. 11 ss.; EL MISMO, "Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de extraneus", ADPCP, LX, 2007, pp. 539 ss.; EL MISMO, "La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31 y 65.3, CP", en *LH-Cobo del Rosal*, 2005, pp. 421 ss. (= en MIR, S. / CORCOY, M. (dirs.) / GÓMEZ, V. (coord.), Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, BdeF, 2006, pp. 49 ss.; en MIR, S. / CORCOY, M. (dirs.) / GÓMEZ, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, BdeF, 2007, pp. 153 ss.); EL MISMO, Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?, Dykinson, 2006; EL MISMO, Los delitos especiales, Edisofer-Bdef, 2006; EL MISMO, "Sobre el fundamento material de los delitos especiales", RDP, 2006-1 (*Autoría y Participación-III*), pp. 33 ss.; EL MISMO, "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?", en SALAZAR SÁNCHEZ, N. (coord.), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, 2007, pp. 324 ss.; EL MISMO, "¿Es el delito urbanístico un delito especial? (art. 319 CP)", en SERRANO PIEDECASAS, J.R.; DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): Cuestiones actuales de Derecho penal económico. Colex, 2008, pp. 277 ss.; EL MISMO, "El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas", en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. (coord.), Protección penal de los derechos de los trabajadores, Bdf, 2009, pp. 227 ss.

clasificadorio, formal y, casi siempre, de acuerdo con razonamientos lógicos predominantemente tautológico.

2. Un claro ejemplo de aquello a lo que acabo de referirme se encuentra, por ejemplo, en el modo en que ha abordado la problemática que ahora nos ocupa una parte de la doctrina alemana. Partiendo de la premisa de que los “*elementos personales especiales*” del § 28 StGB se refieren, fundamentalmente, a los elementos de autoría de los delitos especiales, la doctrina alemana viene defendiendo, a este respecto, *cinco posturas* fundamentales.²

2.1. Según un primer sector doctrinal, los elementos de autoría de los delitos especiales pueden consistir en elementos *referidos al hecho* o *referidos al autor*. La principal consecuencia de esta clasificación bipartita debe verse en que los elementos pertenecientes al primer grupo serían comunicables a todo aquel interviniente que los conozca, con independencia de su condición de *intra-neus* o *extra-neus*, mientras que los segundos, en cambio, solo serían imputables al *intra-neus*, por tratarse de elementos de naturaleza altamente personal.³

² El tema de los “elementos personales especiales” fue objeto de análisis con motivo de la elaboración de un gran número de tesis doctorales y artículos a finales del siglo XIX y, sobre todo, durante la primera mitad del siglo XX. Además de los trabajos que sirven de base al desarrollo del presente Capítulo, que irán siendo citados *infra*, son merecedores de ser reseñadas las siguientes aportaciones doctrinales: SONANINI, F.A., *Die Teilnahme von Civilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen* (tesis doctoral de Düren), 1897; KRUG, P., *Die besonderen Umstände der Teilnehmer* (tesis doctoral de Breslau), 1899; KOPPMANN, F., *Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtbeamteten an reinen Amtsdelikten* (tesis doctoral de Munich), 1903; KOHLER, J., “Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen”, GA 1904, pp. 169 ss.; DOERR, F., “Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme”, Blätter für Rechtsanwendung, 1906, pp. 342 ss.; REDSLOB, R., *Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, nachgestellt nach deutschen und französischen Recht* (tesis doctoral de Breslau), 1909; SUCKEL, F., *Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer* (tesis de Breslau), 1910; JANKOVITSCH, M., *Der Einfluss besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme. Kritische Studie zur Behandlung dieser Frage in der deutschen Literatur und Gesetzgebung* (tesis doctoral de Munich), 1911; SCHREIBER, R., *Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus physischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können* (tesis doctoral de Breslau), 1913; COHN, L., “Strafschärfungs- und Strafminderungsgründe”, GS 1920, pp. 343 ss.; KIRCH, F., *Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe* (tesis doctoral de Colonia), 1927; OESTERHELT, J., *Findet die Vorschrift des § 50 Abs. 2 StGB auch auf das eigenständige Delikt (delictum sui generis) Anwendung?* (tesis doctoral de Munich), 1959; BÖRKER, “Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat”, Juristische Rundschau, 1953, pp. 166 ss.; STEINKE, W., “Welche persönlichen Merkmalen des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?”, MDR 1977, pp. 365 ss.

³ Defienden este critesrio, entre otros, GALLAS, W., “Die moderne Entwicklung der Begriffe *Täterschaft und Teilnahme* im Strafrecht. Gutachten für den VIII Internationalen Strafrechtskongreß in Athen”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, p. 156 (= *Deutsche Beiträge*, 1957, pp. 3 ss.); LANGE, R., *Niederschriften*, II, AT, 1958, pp. 96 s.; HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, 1977, p. 123; CRAMER, en SCHONKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., *StGB*, 25ª ed., 1997, § 28/15; CRAMER / HEINE, en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., *StGB*, 26ª ed., 2001, § 25/85; TRONDLE, H., *StGB*, 48ª ed., 1997, § 28/3; TRONDLE, H. / FISCHER, T., *StGB*, 49ª ed., cit., § 28/2 ss.; LENCKNER, T. / ESER, A. / CRAMER, P. / STREE, W., en SCHONKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., *StGB*, 25ª ed., 1997, *StGB*, 25ª ed., 1997, § 28/15; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T., *AT*, 5ª ed., 1996, p. 658; SAMSON, E., *SK*, 5ª ed., 1991, § 28/5; HOYER, A., *SK*, 5ª ed., 2000, § 28/21; WESSELS, J. / BEULKE, W., *AT*, 28ª ed., 1998, § 13/558; LACKNER, K. / KÜHL, K., *StGB*, 23ª ed., 1999, § 28/3. En la jurisprudencia alemana, el planteamiento que ahora nos ocupa ha encontrado eco, entre otras muchas resoluciones, en las BGHStr 3 139/00, de 9 agosto 2000 (“intención de cometer otro hecho delictivo” como elemento “referido al autor” que agrava la pena del delito de incendio ex § 306 b.2, núm. 2 StGB); 3 339/99, de 9 agosto 2000 (“con la colaboración de otro miembro de la banda” del § 244 (1) 2 StGB como “elemento referido al hecho”); 3 372/00, de 21 febrero 2001 (“intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico o determinado por su nacionalidad” del delito de genocidio previsto en el § 220 a 1 StGB como elemento “referido al hecho”); 3 140/02, de 11 Junio 2002 (“porte de arma” como elemento referido al hecho); 2 62/02, de 12 julio 2002 (“codicia” —*Habgier*— como elemento “referido al autor” fundamentador de la pena del asesinato); 1/02, de 4 febrero 2003 (“tráfico de armas con sustancias estupefacientes” como elementos

A mi modo de ver, este primer punto de vista no puede ser aceptado. Se trata, en primer lugar, de un planteamiento conducente a un tautológico círculo vicioso. No basta con afirmar que ciertos elementos se refieren al hecho y otros al autor, sino que se hace preciso, como es lógico, establecer los criterios materiales que permitan conocer cuándo ocurre lo primero y cuando, en cambio, lo segundo. Por lo demás, como ya destacara en su momento Armin Kaufmann, partir de la distinción entre elementos referidos al hecho y al autor supone ignorar una circunstancia esencial de los delitos especiales: en la mayor parte de esta clase de delitos, *autor* y *conducta típica constituyen dos elementos del tipo difícilmente dissociables*.⁴

2.2. Este primer punto de vista ha tratado de ser concretado por un segundo grupo de autores, que consideran más adecuado distinguir entre *elementos personales* (no comunicables) y *elementos objetivos* (comunicables).⁵ Tampoco este segundo criterio logra convencer. Ninguno de sus partidarios consigue explicar de forma satisfactoria cuáles son las reglas que permiten reconocer a los elementos que nos ocupan como pertenecientes a una u otra categoría. Además, puesto que esta concepción considera que el injusto de los delitos especiales tiene una parte objetiva y otra personal, se trata de conocer, precisamente, cuál de estas partes es comunicable al partícipe *extraneus* y cuál no, así como las razones materiales que conducen a lo primero o a lo segundo. Los autores que apuestan por la teoría de los elementos personales del injusto o bien dejan esta pregunta sin respuesta, o bien la contestan de una forma no unitaria.⁶

2.3. De conformidad con un tercer criterio, los delitos especiales ven limitado el círculo de posibles autores a través de *elementos referidos* o bien *al autor*, o bien *al bien jurídico*. Los primeros no serían comunicables al *extraneus*, mientras que los segundos, en cambio, sí.⁷ Contra este criterio puede afirmarse que, al igual que el que distingue entre los elementos referidos al autor y los referidos al hecho, se trata de un planteamiento que ignora por completo la estrecha relación existente entre el autor y la conducta típica en un gran número de delitos especiales. No obstante, la postura que ahora nos ocupa cuenta entre sus activos con el de mostrarse plenamen-

referidos al hecho); 2 68/03, de 16 julio 2003 (“codicia” como elemento “referido al autor” fundamentador de la pena del asesinato); y 2 300/03, de 15 octubre 2003 (“alevosía” —*Heimtücke*— como elemento del asesinato “referido al hecho”).

⁴ KAUFMANN, Armin, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad” (trad. J. CUELLO CONTRERAS), ADPCP 1984, pp. 12 s.

⁵ La concepción que ahora se expone ha sido sostenida, entre otros autores, por WELZEL, H., “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, JZ 1952; HARDWIG, W., “§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches”, GA 1954, pp. 65 ss.; EL MISMO, “Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, JZ 1969, pp. 459 ss.; PIOTET, P., “Systematik der Verbrechenstelemente und Teilnahmelehre”, ZStW 59 (1957), pp. 14 ss.; MAIHOFER, W., “Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre”, en *FS-Rittler*, 1957, p. 145; WESSELS, J. / BEULKE, W., *AT*, 28ª ed., 1998, § 13/558. Y, recientemente, por WESSELS / BEULKE. En la actual jurisprudencia se encuentra contenida, entre otras resoluciones, en las BGHStr. 1 215/01, de 6 diciembre 2001 y 5 441/03, 5 529/03, de 17 febrero 2004, relativas al delito de administración desleal (§ 266 StGB).

⁶ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 595 ss.

⁷ Han sostenido este criterio, entre otros autores, GRÜNWARD, G., en *GD-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 555 ss.; JÄHRIG, W.A., *Die persönlichen Umstände*, 1974, *passim*.; DOWLAD, A., *Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung*, 1981, p. 92; PIOTET, P., ZStW 59 (1957), pp. 17 s. y 30 ss.

te respetuosa con dos de los instrumentos básicos para la resolución de los casos de participación de *extranei* en delitos especiales: la teoría del favorecimiento del injusto ajeno como fundamento de la participación delictiva y la teoría de la accesoriedad limitada como tesis explicativa de los límites de la responsabilidad delictiva del partícipe.⁸

2.4. Uno de los penalistas que más activos se ha mostrado en la discusión sobre el fundamento material de los elementos delimitadores de la autoría en los delitos especiales es Herzberg. En la primera y segunda formulación de su concepción, Herzberg propuso distinguir entre dos clases de elementos: los “*referidos a valores*” y los “*valorativamente neutrales*”. Los primeros serán personales y, por tanto, no comunicables, mientras que los segundos, en cambio, sí podrían ser imputados al partícipe *extraneus*, siempre y cuando, claro está, conozca su concurrencia en el autor.⁹

Del planteamiento de Herzberg resulta plenamente compartible la idea de que, ciertamente, en algunos delitos especiales, la ausencia en el *extraneus* del elemento cualificante no determina una disminución del injusto de su conducta. No obstante, la terminología empleada por Herzberg para aludir a los elementos en los que ello ocurre —los “*valorativamente neutrales*”— resulta altamente cuestionable. Ya que, como correctamente destacó en su momento Roxin, en los tipos penales no hay, en realidad, elementos valorativamente neutrales. En efecto, si se entiende que el tipo no constituye algo meramente formal, ni un mero indicio de la antijuricidad, sino la expresión de un primer juicio de valor provisional, de tal modo que los elementos típicos son, al mismo tiempo, elementos fundadores del injusto, deberá admitirse, necesariamente, que todos y cada uno de los mismos se encuentran dotados de contenido valorativo.¹⁰

2.5. En la tercera formulación de su concepción, Herzberg considera que los elementos cualificantes de los delitos especiales deben ser clasificados en tres grupos: elementos “*funcionalmente objetivos*”, elementos “*meramente tipificadores*” y, por último, elementos “*relevantes para el desvalor del hecho*”. Según Herzberg, las dos primeras clases de elementos son comunicables al partícipe *extraneus*, mientras que la tercera, en cambio, no lo es.¹¹

Desde mi punto de vista, la nueva propuesta de Herzberg tiene la virtud de poner de manifiesto la existencia de dos clases de delitos que hasta entonces habían pasado inadvertidas: los delitos con elementos de autoría funcionalmente objetivos y meramente tipificadores. La primera clase comprende a aquellos delitos caracteri-

⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 571 ss.

⁹ HERZBERG, R.D., “Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme”, (3), JuS 1975, pp. 647 ss.; EL MISMO, ZStW 88 (1976), pp. 68 ss.; EL MISMO, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, pp. 126 s.; EL MISMO, “Der agent provocateur und die «besonderen persönlichen Merkmale» (§ 28 StGB)”, JuS 1983, p. 738.

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 616 ss.

¹¹ HERZBERG, R.D., “Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, GA 1991, pp. 168 ss.

zados por que, en ellos, los elementos que limitan el círculo de posibles autores, a pesar de su *apariencia personal*, consisten en *elementos objetivos encubiertos*. Esto es, en *elementos aparentemente personales, pero funcionalmente objetivos*. Un claro ejemplo de esta constelación delictiva en el Código penal español puede encontrarse, entre otros posibles ejemplos, en el ya referido art. 319 CP, que tipifica el delito urbanístico refiriéndose a sus autores como los “*promotores, constructores o técnicos directores*”. Por su parte, los delitos con elementos de autoría *meramente tipificadores* son aquéllos en los que los aparentes elementos personales de autoría tipifican situaciones fenomenológicas prejurídicas frecuentes o típicas, cuyo contenido de injusto no es necesariamente mayor que el de las conductas que quedan excluidas del tipo. Son claros exponentes de ello, por ejemplo, el elemento “*hombre*” del delito de exhibicionismo masculino previsto en el § 183 StGB, o el elemento “*deudor*” del delito de alzamiento de bienes (art. 257.1 CP).¹²

No obstante, debe recordarse que, en su tercera formulación, Herzberg opone las categorías de los elementos “*funcionalmente objetivos*” y los “*meramente tipificadores*” a la de los elementos “*relevantes para el desvalor del hecho*”, de lo que se deduce que, para el autor que ahora nos ocupa, las dos primeras clases de elementos son *irrelevantes para el desvalor del hecho*, o *valorativamente neutrales*. Esta última conclusión resulta, sin embargo, difícilmente compartible, ya que también mediante estas dos clases de elementos el legislador realiza una selección de los comportamientos humanos que considera penalmente relevantes. Esto es, un juicio de valor sobre la relevancia penal de los supuestos de hecho caracterizados por tales elementos.¹³

2. Un punto de partida: la asunción del criterio material de las teorías del injusto especial

2.1. Planteamiento

1. De acuerdo con una de las líneas de pensamiento más extendidas entre la doctrina alemana, el elemento diferencial de los delitos especiales frente a los comunes reside, precisamente, en su *injusto*. Los delitos especiales se caracterizan por un contenido de *injusto especial*, distinto al injusto propio de los delitos comunes, y únicamente realizable, a título de autor, por los sujetos específicamente previstos en el tipo. Esta tesis ha sido articulada, fundamentalmente, a través de *cuatro ideas*: a) la *norma especial*; b) el *deber jurídico especial*; c) la *posición especial*; y, d) el *dominio normativo del hecho*.

2.2. Las teorías de la norma especial

1. Según la teoría de la norma especial, que cuentan con Binding y Nagler como

¹² GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 647.

¹³ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 643 ss.

principales representantes, el elemento que permite distinguir los delitos comunes de los especiales es de naturaleza *normológica*. Los delitos especiales consistirían en la infracción por parte del *intraeus* de una *norma especial*. Dicha norma se caracterizaría por tener un ámbito de destinatarios limitado. A diferencia de las *normas comunes*, que podrían ser cumplidas o infringidas por cualquiera, el cumplimiento o la infracción de las normas especiales únicamente estaría al alcance de aquellos sujetos en los que concurren los elementos, propiedades, cualidades o relaciones exigidos por el tipo, esto es, de los *intranei*. De este modo, en esta última clase de delitos, la norma tendría un círculo limitado de destinatarios.¹⁴

2. En mi opinión, una concepción del delito de conformidad con la cual la esencia del mismo venga representada por la infracción de una norma favorecerá la aparición de un Derecho penal *autoritario* en mayor medida de lo que lo haría otra que lo contemple como la lesión o puesta en peligro penalmente desvalorada de un bien jurídico. Además, la descripción de los delitos especiales propuesta por la teoría de la norma especial como delitos que consisten en la infracción de normas con un círculo limitado de destinatarios es tan cierta¹⁵ como *formal y tautológica*.¹⁶

2.3. Las teorías del deber jurídico especial

2.3.1. La concepción de Welzel y Kaufmann

1. Según Hans Welzel y Armin Kaufmann, el tipo consiste en la descripción de la *acción prohibida* (delitos de acción) o *preceptiva* (delitos de omisión). El tipo penal incorpora, por tanto, el “contenido / materia de la norma” (“*Norminhalt / Normmaterie*”).¹⁷ El tipo penal describe la acción de matar, de lesionar o de robar como acciones prohibidas. La realización de la acción prohibida por la norma da lugar a la realización del tipo. De este modo, con la mera realización del tipo, esto es, con la realización de la acción prohibida, o la no realización de la acción preceptiva, el sujeto infringe la norma de conducta. Con la realización del tipo, la conducta entra en contradicción con la norma prohibitiva. La acción típica se con-

¹⁴ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Felix Meiner, 1922 (reimpr. Scientia, 1991), p. 126; NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Engelmann, 1903, pp. 4 ss. y 111 ss. La concepción de BINDING y NAGLER fue seguida por una parte de la doctrina de la época partidaria de la teoría de los imperativos. Tal es el caso, entre otros, de autores como FINGER, OETKER, SCHOETENSACK, KOHLRAUSCH, DEYHLE, NIETHAMMER, FRÜHAUF y BAMBACH, aunque estos tres últimos autores emplearon una terminología algo discrepante. Sobre esto vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (traducción al castellano del original alemán *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, 1954, a cargo de E. BACIGALUPO ZAPATER y E. GARZÓN VALDÉS), Depalma, 1977, p. 162; LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, Duncker & Humblot, 1972, pp. 54 s.

¹⁵ Considero incorrecta, por ello, la tesis según la cual todas las normas (incluidas, por tanto, las de los delitos especiales) se dirigen a todo el mundo, defendida, entre otros, por KAUFMANN, A., *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165 s.; LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 259 ss.; recientemente RUDOLPHI, SK, 5ª ed., Metzner, 2001, § 22/27. En España representan este punto de vista, entre otros autores, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, 1974, pp. 48 s.; FERRÉ OLIVÉ, J.C., en *LH-Barbero Santos*, 2001, I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 1017.

¹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 73 ss.

¹⁷ WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 49 s.; KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, 1977, p. 141.

vierte, así, en una conducta “*antinormativa*” (“*normwidrig*”).¹⁸

Sin embargo, desde la perspectiva finalista, ello no significa todavía que dicha conducta sea *antijurídica*. No todo comportamiento antinormativo es antijurídico. Según el finalismo, el ordenamiento jurídico no solo consta de normas prohibitivas o preceptivas, sino también de *proposiciones permisivas* (“*Erlaubnissätzen*”). Cuando una conducta realice el tipo, esto es, infrinja la norma de prohibición, pero se encuentre, en cambio, permitida, esta conducta será, según la doctrina finalista, antinormativa, pero no, en cambio, antijurídica. A pesar de que la conducta infrinja la norma prohibitiva, esta infracción de la norma se produciría *en general, en abstracto*. La conducta infringe una norma general abstracta. Pero en el caso concreto, esta norma general abstracta no se convierte para el sujeto, sin embargo, en un deber jurídico concreto. En ausencia de este deber jurídico concreto, el comportamiento del sujeto es antinormativo, esto es, contrario a la norma de prohibición general y abstracta, pero “conforme a derecho” (“*rechtmässig*”). Para que una conducta pueda ser considerada antijurídica, el finalismo exige no solo que constituya la realización de un tipo, esto es, la infracción de una norma individual, sino que dicha realización típica sea “contraria al ordenamiento jurídico como un todo” (“*Widerspruch einer Verbotstatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzes*”).¹⁹ A partir de este razonamiento, descendiendo ya a los delitos especiales, el finalismo considera conducta “prohibida”, pero no antijurídica, la realización de la conducta típica de un delito especial por parte de un *extraneus*.²⁰

2. En contra de las concepciones sobre el fundamento material de los delitos especiales defendidas por Welzel y Armin Kaufmann, debe afirmarse, en primer lugar, que no es posible entender los elementos de la autoría de los delitos especiales sin atender a la acción típica, ni cabe concebir elementos fundadores de la antijuricidad que no pertenezcan al tipo. Según mi parecer, la premisa de la que parte la teoría de los elementos de deber jurídico especial, esto es, aquella según la cual los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no pertenecerían al tipo, sino a la antijuricidad, es incorrecta. En mi opinión, los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales son *auténticos elementos del tipo*. Es cierto que en la mayor parte de los casos, los elementos que restringen el círculo de autores consisten en elementos normativos.²¹ Sin embargo, en contra de lo que insinúa la teoría de los tipos “abiertos” de Welzel, ello no significa que dichos elementos pertenezcan a la antijuricidad, sino a la tipo;²² ni tampoco que los ele-

¹⁸ WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 50.

¹⁹ WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 50 s.

²⁰ KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, 1977, p. 210.

²¹ MAURACH, R., “Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens”, NJW 1962, p. 767.

²² MAURACH, R., NJW 1962, p. 768: EL MISMO, *Tratado de Derecho penal*, PG, I y II, (trad. del original alemán *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, y notas Derecho español, a cargo de J. CÓRDOBA RODA), Ariel, 1962, p. 197; MAURACH, R. / GÖSSEL, K.H. / ZIPF, H., MAURACH, R. / GÖSSEL, K.H. / ZIPF, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, 7ª ed., Müller, 1989, § 40/173. En opinión de ROXIN, C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed.,

mentos en cuestión deban ser tratados de modo distinto a los restantes elementos normativos.²³

A mi juicio, la teoría de los elementos de deber jurídico especial de los tipos “abiertos” defendida por Welzel, participa del defecto común del que adolecen las teorías “normológicas” del delito: es incapaz de aportar un criterio válido que permita discernir las diferencias *valorativas* existentes entre la *tipicidad* y la *antijuricidad*. Es preferible sostener, en contra de lo que entiende el finalismo ortodoxo, que todos los elementos *fundamentadores* de la antijuricidad se encuentran recogidos en el tipo, y que éste se erige, por tanto, en auténtica *ratio essendi* del juicio de antijuricidad penal.²⁴ La tipicidad es la categoría que permite imputar objetiva y subjetivamente a un sujeto una conducta o resultado como *dañosa*, por consistir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, así como emitir sobre ella un juicio de desvalor por su *dañosidad*. En la tipicidad se trata, por tanto, de *imputar* y *desvalorar* una conducta o un resultado como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Para ello también será necesario *imputar* al sujeto las condiciones que permiten conectar con éste el objeto de imputación (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)²⁵ y *desvalorar* estas condiciones.²⁶ Esta doble exigencia se debe a lo siguiente: para poder *imputar* a un sujeto una conducta o un resultado *desvalorado* como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, será necesario imputarle todas aquellas condiciones, elementos o características del autor que influyen en el ataque al bien jurídico. Tal es el caso de las cualidades requeridas por el autor en los delitos especiales,²⁷ o, al menos, de la mayor parte de éstas. Frente a la tipicidad, la antijuricidad consiste, en cambio, en la imputación objetiva y subjetiva a un sujeto de la lesión o puesta en peligro típicas de un bien jurídico no necesaria para la salvaguarda de intereses jurídicos prevalentes en el caso, así como en la formulación de un juicio de desvalor sobre aquélla por este último motivo. En la antijuricidad se trata, en suma, de ponderar los intereses en juego.²⁸

De Gruyter, 1970 (=Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. de E. BACIGALUPO ZAPATER), Depalma, 1979, p. 188, la doctrina finalista tuvo la virtud de advertir la “especialidad” de ciertos elementos del tipo. Pero no acertó al considerarlos elementos exclusivamente pertenecientes a la antijuricidad, en lugar de concebirlas como integrados por un substrato fáctico (elemento del tipo) y una consecuencia de derecho (elemento de la antijuricidad). Por esta razón, ROXIN consideró preferible entender que elementos tales como “funcionario” o “cónyuge” serían “conceptos normativos de carácter específicamente jurídico” (GRÜNHUT), y que los delitos de los que formarían parte deberían ser contemplados como “delitos de valoración jurídica” (MEZGER): *vid.* ROXIN, C., *Offene Tatbestände*, 2ª ed., 1970, p. 76.

²³ Así MEZGER, E., *LK*, 7ª ed., De Gruyter, 1954, § 59, p. 435, criticando el concepto de “elemento de deber jurídico especial” de WELZEL, así como su tratamiento diferenciado de los restantes elementos normativos del tipo. En idéntico sentido VON WEBER, H., “Negative Tatbestandsmerkmale”, en *FS-Mezger*, Beck, 1954, p. 189. Sobre todo ello *cfr.* BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, 1970, pp. 102 y 105.

²⁴ En este sentido MIR PUIG, S., *PG*, 9ª ed., 2011, 6/29; EL MISMO, en *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 83 s. *Cfr.* ya WEBER, H. von, en *FS-Mezger*, Beck, 1954, p. 189.

²⁵ MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 402.

²⁶ MIR PUIG, S., en *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 89 s.

²⁷ MIR PUIG, S., en *VV.AA.*, *Modernas tendencias*, 2001, p. 402; EL MISMO, en *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 89 s.

²⁸ MIR PUIG, S., en *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 84.

Pues bien: si todo esto es así, como creo, salta a la vista que la cuestión relativa a si se produce o no la concurrencia de los presupuestos objetivos de la cualidad del autor de un delito especial nada tiene que ver con esta ponderación de intereses. Los intereses en juego en el caso concreto podrán ser unos u otros con completa independencia de si se da o no aquella cualidad. Ignorarlo significaría equiparar como supuestos análogos casos que nada tienen que ver entre sí. Desde una tal concepción, por ejemplo, tanto la conducta consistente en revelar un secreto profesional en una situación de estado de necesidad como hacerlo sin ser el sujeto activo el profesional requerido por el tipo serían merecedoras, pese a su evidente disparidad, de la misma calificación jurídica: conducta típica, pero no antijurídica. Para evitar esta insatisfactoria consecuencia, estimo preferible entender que los elementos de autoría de los delitos especiales configuran el objeto del juicio de imputación y de la valoración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tiene lugar en la *tipicidad*; y son, a la vez, *presupuestos* de la antijuricidad de la conducta, en tanto que ésta y, en su caso, el resultado objetiva y subjetivamente *imputables* y *desvalorados* como lesión o puesta en peligro representarían el objeto del juicio de imputación y la valoración de este juicio que tendría lugar en la *antijuricidad*. En suma: los elementos de autoría de los delitos especiales no son, por consiguiente, *elementos* de la antijuricidad, sino solo *presupuestos* de la misma.²⁹

2.3.2. La teoría de los *Pflichtdelikte*

1. A partir de la idea del deber jurídico especial, algunos autores conciben los delitos especiales como “delitos consistentes en la infracción de un deber” (“*Pflichtdelikte*”). Pertenecen a este sector doctrinal, entre otros, Roxin,³⁰ Cortés Rosa,³¹ Wagner,³² Otto,³³ Stratenwerth,³⁴ Stratenwerth / Kuhlen,³⁵ Vogel,³⁶ Jakobs³⁷ y Sánchez-Vera Gómez-Trelles.³⁸ Como es lógico, la exposición y valoración crítica de cada una de estas concepciones rebasa, con mucho, los límites razonables del presente trabajo.³⁹ Debido a ello, el mismo se centrará en la formulación origi-

²⁹ En un sentido parecido al aquí defendido, ya ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., De Gruyter, 1963; 7ª ed., De Gruyter, 2000 (existe traducción al castellano, bajo el título “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”, de las ediciones 6ª (1998) y 7ª (2000) a cargo de J. CUELLO CONTRERAS y J.L. GONZÁLEZ DE MURILLO), pp. 432 s.

³⁰ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, *passim*. Una exposición detallada de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN se encuentra, por ejemplo, en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 129 ss.

³¹ CORTÉS ROSA, M., “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, ZStW 90 (1978), pp. 413 ss.

³² WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, *passim*.

³³ OTTO, H., “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, Jura 1987, p. 257.

³⁴ STRATENWERTH, G., *Strafrecht, AT*, I, 4ª ed., 2000, 11/66; EL MISMO, “Der Versuch des untauglichen Subjekt”, en FS-Bruns, 1978, p. 66; STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht, AT*, I, 5ª ed., 2004, 11/66

³⁵ STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht, AT*, I, 5ª ed., 2004, 12/22.

³⁶ VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, 1992, pp. 27-56 y 125-145.

³⁷ JAKOBS, G., *PG*, 2ª ed., 1995, 25/44.

³⁸ SÁNCHEZ-VERA, J., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, 1999, *passim*; EL MISMO, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, 2002, *passim*.

³⁹ La misma puede encontrarse en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 128 ss.

nal de la teoría de los *Pflichtdelikte*: la defendida por Claus Roxin.

2. Según Roxin, atendiendo al criterio para la determinación de la autoría, los delitos deben ser clasificados en delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). En los primeros, el criterio de acuerdo con el cual debe determinarse la autoría consiste en comprobar cuál de los sujetos intervinientes en el hecho ostenta el dominio fáctico del mismo. En los segundos, en cambio, se trata, simplemente, de constatar sobre cuál de ellos recae el deber jurídico extrapenal que subyace al tipo penal, con absoluta independencia de quién controle o domine fácticamente el hecho delictivo.⁴⁰

3. La formulación de Roxin toma como punto de partida algo difícilmente rechazable: en delitos especiales como el de administración desleal o el de revelación de secreto profesional o los delitos de funcionario público, el sujeto cualificado, esto es, el funcionario público, el administrador o el profesional correspondiente, se encuentra sometido a un *deber jurídico especial*. El contenido de injusto de estos delitos, así como la relación de imputación de la acción típica en que consiste la relación de autoría, puede ser explicada de modo más preciso a partir de la idea de la infracción del deber jurídico especial que recae sobre el sujeto. Resulta obligado admitir, además, que el criterio de los *Pflichtdelikte* de Roxin se presenta como un instrumento de una innegable utilidad práctica. En efecto, el criterio de referencia constituye, sin duda, un utilísimo mecanismo para resolver, de forma sencilla, algunas de las más complejas constelaciones de supuestos prácticos que planten los delitos que consisten en la infracción de un deber jurídico especial. Una de estas constelaciones es la representada, por ejemplo, por los supuestos de “*instrumento doloso no cualificado*”.⁴¹ En estos casos, la única solución coherente desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho es la impunidad tanto del sujeto de delante como del de detrás. A falta de dominio del hecho, ni uno ni otro responderán, ni como autor ni como partícipe. Una forma de evitar esta insatisfactoria consecuencia consiste en entender, al menos en estos supuestos, que la teoría conducente a aquella inconsecuencia, esto es, la del dominio del hecho, debe ser sustituida por otra.

Con respecto a esto puede adelantarse lo siguiente. En mi opinión, la tesis de Roxin según la cual la teoría del dominio del hecho fracasa en los supuestos de instrumento doloso no cualificado es plenamente atendible. El criterio del dominio fáctico del hecho se presenta, ciertamente, como un criterio que, al menos en algunos supuestos de la delincuencia especial, no consigue explicar adecuadamente la relación de autoría existente entre sujeto y conducta típica. Frente a este criterio, no cabe duda de que el de la infracción del deber puede contemplarse como un criterio

⁴⁰ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, *passim*. Una exposición detallada de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN se encuentra, por ejemplo, en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 129 ss.

⁴¹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 745; HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 33.

más avanzado.⁴²

No obstante, contra la teoría de los *Pflichtdelikte* de Roxin pueden ser dirigidas algunas importantes *objecciones*. En este punto merece la pena recordar las que siguen.⁴³

La teoría de Roxin ha sido justamente acusada, en primer lugar, de consistir en una concepción que conduce, no a *un* concepto de autor aplicable a toda clase de delitos, sino a *dos* diferentes: uno vinculado a la idea de dominio del hecho y otro a la de infracción de un deber especial. No se trata, por tanto, de una teoría general o un sistema unitario sobre la autoría, sino de una construcción esencialmente utilitarista entregada a la tónica de la resolución del caso concreto. En su defensa, Roxin ha invocado el argumento de que, al fin y al cabo, sí defiende un único concepto de autor como figura central del suceso de la acción, al que se someten por igual los elementos del dominio y del deber, preservándose, de este modo, la unidad sistemática de su concepción: el autor como “*personaje central*” o “*protagonista*” del hecho.⁴⁴ Sin embargo, comparto con la doctrina dominante lo siguiente. Afirmar que los conceptos de autor como sujeto “dominador del hecho delictivo” (delitos de dominio), por una parte, y como sujeto “infractor de un deber jurídico especial extrapenal” (delitos de infracción de deber), por otra, pueden reconducirse a un supraconcepto de autor como “*personaje central*” o “*protagonista*” del hecho delictivo conduce, inevitablemente, a una petición de principio. Cuando sobre el concepto de autor se discute, la idea de que éste es la *figura central* del delito debe ser contemplada, más que como una conclusión, como una premisa o punto de partida absolutamente necesitado de concreción. En efecto, de lo que se trata no es de si el autor es, o no, el personaje central o el protagonista del hecho delictivo, sino, precisamente, de determinar cuál es el criterio que permitirá conocer quién ocupa dicha posición central.⁴⁵

La necesidad de un criterio adicional que permita concretar cuáles son aquellos tipos en los que el legislador ha limitado el círculo de posibles autores a ciertos sujetos atendiendo a la existencia de un deber jurídico extrapenal convierte a la concepción de Roxin, así, en una *construcción incompleta*. Roxin emplea para su concepción un método inductivo consistente en el análisis de los tipos concretos en los que se plantea la problemática que nos ocupa. Sobre la base de este análisis, Roxin distingue entre aquellos delitos en los que el legislador deja clara la existencia de los referidos “deberes jurídicos extrapenales”; aquéllos en los que ello ocurre, pero no de forma evidente, sino más oculta (por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB); y, por último, los tipos en los que no sucede ni lo uno ni lo otro. Este método inductivo, que sin duda tiene la virtud de huir de categorías

⁴² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 742 s.

⁴³ Vid. más extensamente, en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 136 ss.

⁴⁴ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 431.

⁴⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, p. 141.

abstractas supralegales propias de la denostada “jurisprudencia de conceptos”,⁴⁶ exige, sin embargo, un análisis detenido, uno por uno, de todos los tipos en juego, análisis que, como el propio Roxin reconoce, todavía se encuentra pendiente de realización.⁴⁷ Sin él, la determinación de cuándo un tipo es de infracción de deber y cuándo no, se convierte en un ejercicio fundamentalmente intuitivo y generador de un elevado nivel de inseguridad jurídica.⁴⁸

Por otro lado, tampoco es definitivo el argumento de Roxin según el cual en algunos delitos especiales el legislador viene a reconocer que lo que importa en estos delitos no es la concreta entidad de la aportación al hecho, sino la infracción del deber especial, al equiparar conductas de autoría con otras que no pasarían de ser simples conductas de cooperación (incluso no necesaria) desde el punto de vista del criterio del dominio del hecho. A mi juicio, contra esta tesis cabe oponer, como mínimo, tres argumentos.

Puede afirmarse, en primer lugar, que la equiparación entre autoría y participación mencionada por Roxin no tiene lugar en todos los delitos especiales, de tal modo que la tesis de este autor sólo resultaría válida, en el mejor de los casos, con respecto a los delitos especiales en que aquello sí ocurre.⁴⁹ No en vano, constituyen amplia mayoría los delitos especiales en los que el principio de legalidad impide considerar autores a todos los sujetos cualificados intervinientes en el hecho, con total independencia de cuál sea la entidad de sus respectivas contribuciones.⁵⁰ Además, la equiparación de conductas de autoría con conductas de participación a la que se refiere Roxin no sólo se produce en algunos delitos especiales, sino también en algunos comunes.⁵¹ Sin embargo, esta circunstancia no ha impedido que algunos autores hayan llamado la atención sobre lo siguiente: en un sistema diferenciador entre autoría y participación como el que consagra nuestro CP, no solo sigue siendo posible, sino, incluso, necesario distinguir, también en estos casos, entre contribuciones de autoría y de participación.⁵² Por último, en los delitos

⁴⁶ Así lo recuerda el propio ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 431.

⁴⁷ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 743.

⁴⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, p. 142.

⁴⁹ En España se han mostrado críticos con la formulación de ROXIN con argumentos parecidos a los que acaban de ser expuestos, entre otros autores, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El autor mediato en Derecho penal español”, ADPCP 1969, p. 473 y, más recientemente, FERRÉ OLIVÉ, J.C., en *LH-Barbero Santos*, I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1023. De otra opinión, entre otros, BACIGALUPO SAGESSE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, 2007, pp. 118 ss.

⁵⁰ También invocan el principio de legalidad como argumento en contra de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN, entre otros autores, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, p. 298; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ADPCP 1969, p. 473; REBOLLO VARGAS, R., “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura”, ADPCP 2000, p. 150; FERRÉ OLIVÉ, J.C., en *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 1023; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito*, 2003, p. 227, nota 123; y en Alemania STRATENWERTH, G., *AT*, I, 4ª ed., 2000, 12/40, y STRATENWERTH, G. / KUHLEN, L., *AT*, 5ª ed., I, 2004, 12/40.

⁵¹ Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 ss. CP) o de tráfico de drogas (arts. 368 ss. CP), en los que el legislador recurre a un concepto unitario o extensivo de autor de conformidad con el cual prácticamente toda aportación al hecho que revista un mínimo de relevancia deberá ser calificada como una contribución de autoría.

⁵² Especialmente significativa en relación con los delitos de tráfico de drogas me parece en este contexto la aporta-

especiales no todos los *intranei* tienen por qué ser, necesariamente, autores, sino que tiene pleno sentido distinguir entre autores y partícipes en función de la concurrencia o ausencia en sus respectivas conductas de elementos adicionales, tales como, por ejemplo, el del dominio del hecho en sus distintas manifestaciones.⁵³ Una cosa es que en los delitos especiales sólo puedan responder como autores los *intranei* y otra que todo *intraneus* deba ser, necesariamente, autor del delito, siendo completamente irrelevante, por tanto, el *quantum* de la aportación de cada uno de los *intranei* que intervienen en el hecho delictivo.⁵⁴

Por lo que se refiere a las críticas que se han formulado contra el carácter *extrapenal* que, en opinión de Roxin, debe tener el deber jurídico especial infringido por el autor, debe recordarse, en primer lugar, que la necesaria infracción de dicho deber extrapenal presenta al tipo penal como una ley dependiente —incluso accesoria— de la correspondiente rama del Derecho. Sin embargo, esta relación de accesoriedad brilla por su ausencia en la mayor parte los delitos especiales.⁵⁵ También en un sentido crítico, Deichmann recuerda, con razón, que si los delitos especiales se distinguen del resto de delitos —como cree un importante sector doctrinal— por su *especial contenido de injusto*, entonces su esencia no podrá residir, por definición, en la infracción de un deber extrapenal, esto es, *ajeno al Derecho penal*.⁵⁶

Suele invocarse, por fin, un último argumento en contra de la teoría de los *Pflichtdelikte* de Roxin. Puesto que según esta teoría el fundamento de la autoría en los *Pflichtdelikte* consiste en la infracción del deber jurídico extrapenal, el *infractor* de dicho deber jurídico especial debe ser reconocido, en todo caso, como autor directo. Así, por ejemplo, en los supuestos de instrumento doloso no cualificado, el *intraneus* que induce al *extraneus* no debería responder como autor mediato del delito especial, sino como autor directo.⁵⁷

ción doctrinal de JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas*, I, Bosch, 1998, *passim*.

⁵³ De esta opinión, por ejemplo, OTTO, H., *Jura* 1987, p. 257; EL MISMO, *Strafrecht, AT*, 6ª ed., De Gruyter, 2000, § 21/107.

⁵⁴ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, p. 147.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplante Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Heymann, 1979, p. 92; EL MISMO, - “Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung” (2), *Jura* 1980, p. 577, nota 124. A esta crítica se ha sumado recientemente en España FERRÉ OLIVÉ, J.C., en *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 1015.

⁵⁶ DEICHMANN, M., *Grenzfälle der Sonderstrafat*, 1994, pp. 29 s. En un sentido parecido, en España, HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, p. 315. Recientemente ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito*, 2003, p. 227, nota 124.

⁵⁷ STRATENWERTH, G. / KUHLEN, L., *AT*, I, 5ª ed., 2004, 12/40; PIZARRO BELEZA, T., “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿Titularidad versus dominio del hecho?” (trad. de D. FELIP I SABORIT), en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. española) / SCHÜNEMANN, B. / FIGUEIREDO, J. DE (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J.M. Bosch, 1995, pp. 337 ss.; FERRER OLIVÉ, J.C., en *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 1022, nota 32; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 316 s. En idéntico sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 162 s.; EL MISMO, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 154 ss., aunque relativizando la importancia de la cuestión planteada: para SÁNCHEZ-VERA, a efectos pedagógicos podría ser incluso conveniente recurrir a la figura de la autoría mediata para explicar los casos de “instrumento doloso no cualificado”, ya que estructuralmente, estos supuestos responde a la idea de que hay un “sujeto de detrás” y otro “de delante” que no puede responder penalmente, en este caso, por tratarse de un sujeto no cualificado; y desde un punto de vista material, una de las consecuencias de la teoría de los *Pflichtdelikte* consiste, precisamente, en la equivalencia total

2.4. *Las teorías de la posición especial*

1. Según un tercer sector doctrinal, la restricción del círculo de posibles autores que tiene lugar en los delitos especiales obedece a la voluntad del legislador de circunscribir la autoría en tales delitos a aquellos sujetos que se encuentren en una *posición especial* o en una *relación de confianza* con respecto al bien jurídico protegido o a su titular, respectivamente. Representan esta línea de argumentación, entre otros, Vogler,⁵⁸ Langer,⁵⁹ Deichmann,⁶⁰ Hake⁶¹ y Gerl.⁶²

2. Con el recurso a esta idea, la teoría de la posición especial se opone, con razón, a una de los más antiguas y pesadas rémoras que han lastrado a la teoría de los delitos especiales a lo largo de gran parte de su historia. Se trata de la idea de que los delitos especiales serían delitos de naturaleza *estamental* o *de clase*. En el Derecho penal del Antiguo Régimen, e incluso en el Derecho penal liberal clásico, los delitos especiales fueron merecedores, ciertamente, de este calificativo. En sus orígenes, los delitos especiales fueron concebidos como uno de los más claros paradigmas del llamado Derecho penal *estamental*. Esta forma de Derecho penal fue defendida hasta principios del siglo XX en Alemania por algunos de los más destacados representantes de la Escuela Clásica de Derecho penal, como Karl Binding o Johannes Nagler.⁶³

Con la llegada de la idea de *Estado social* al Derecho penal se pasa a entender que el Estado solo estará legitimado para intervenir penalmente cuando persiga la protección de la sociedad mediante la evitación de conductas que lesionen o pongan en peligro de bienes jurídicos. Desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado *social* de derecho que persiga la protección de la sociedad mediante la evitación de conductas que lesionen o pongan en peligro intereses socialmente valiosos, toda limitación legal arbitraria del círculo de posibles autores de un delito operada a partir de criterios desvinculados de la función de protección de bienes jurídicos resulta sencillamente *ilegítima*. Si lo que se pretende es evitar la lesión de bienes jurídicos, ello solo podrá conseguirse mediante el castigo de quienes puedan incidir especialmente sobre aquéllos, en atención a la *posición social* que ocupen y la *función social* que desempeñen. Desde esta perspectiva social, huelga decir que la idea de la restricción del círculo de autores como acto de soberanía del legislador basado en la pertenencia formal del sujeto activo del delito a una determinada clase

entre la autoría mediata y la directa (p. 156). En la jurisprudencia española sigue esta dirección las SSAP Barcelona 23 de abril 1993 y Burgos 29 marzo 1999 (Ar. 1152).

⁵⁸ VOGLER, T., "Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt", en *FS-Lange*, 1976, pp. 277 ss.

⁵⁹ LANGER, W., "Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale»", en *FS-Lange*, De Gruyter, 1976, pp. 258 ss.; EL MISMO, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 229, 261, pp. 390 ss. y *passim*.

⁶⁰ DEICHMANN, M., *Grenzfälle der Sonderstrafat*, 1994, pp. 32 ss. y *passim*.

⁶¹ HAKE, M., *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»*. *Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, Duncker & Humblot, 1994, pp. 102 ss.

⁶² GERL, A., *Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB*. Tesis doctoral de la Universidad de Berlín, 1975, pp. 72 ss.

⁶³ BINDING, K., *Die Normen*, I, 1922 (reimpr. 1991), p. 127; NAGLER, J., *Die Teilnahme*, 1903, pp. 8 ss.

de sujetos debe ser, por tanto, superada.⁶⁴ La teoría que se encargó de poner de manifiesto esta circunstancia, así como de materializar la referida superación, fue la doctrina de la *posición especial*.⁶⁵

No obstante, la idea de que la restricción del círculo de autores debe fundamentarse en la existencia de una determinada relación *material* entre el sujeto y el bien jurídico protegido, defendida por la teoría de la posición especial, no solo encaja correctamente en el marco de un Derecho penal *social* protector de bienes jurídicos. La teoría de la posición especial también tiene la virtud de mostrar a los delitos especiales como una constelación delictiva compatible con el Derecho penal de un Estado *democrático* respetuoso con el principio de igualdad. La dirección que ahora se analiza demuestra que los delitos especiales no contradicen, por definición, el principio de igualdad ante la ley. Según la teoría de la posición especial, es cierto que en los delitos especiales la ley solo se dirige contra determinadas personas, y no, en cambio, contra todas. Sin embargo —prosигuen los defensores de esta tesis—, ello no sucede de un modo *arbitrario*, sino en atención a la *posición social* especial ocupada por tales sujetos, así como a la relación de éstas con el bien jurídico protegido que dicha posición permite ostentar. De acuerdo con esta comprensión de los delitos especiales, si solo ciertos sujetos pueden ser autores de un delito especial no es porque sean *como son* o *quienes son*, o a que pertenezcan a una determinada clase social, sino a la especial *situación* o *posición en la que se encuentra*. Sujeto activo de un delito especial no solo podrá serlo el sujeto perteneciente a una determinada *clase* o *especie* de personas, sino *cualquier sujeto que alcance la cualidad, la condición, o la situación referida por la ley*.⁶⁶ Un claro ejemplo de ello son, entre otros, los *delitos improprios de omisión*, considerados por un amplio sector de la doctrina como delitos especiales.⁶⁷

Ciertamente, es razonable poner en duda que *todos* los delitos puedan ser explicados a partir de la referencia a la especial relación del sujeto con el bien jurídico protegido determinada por su posición o situación en la sociedad. Sin embargo, no cabe negar que ello puede ocurrir —y, de hecho, ocurre— en un número importante de delitos especiales. En relación con estos últimos, sucede que la limitación de la

⁶⁴ WAGNER, H., *Amstverbrechen*, 1975, p. 67.

⁶⁵ Así lo cree también SÁINZ DE ROBLES, C., “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, en *LH-Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 628. Según esta autora “(...) los elementos del tipo de injusto del delito especial tienen que justificar la decisión de la ley. La acción descrita y el objeto de la acción, en su caso, por su relación con la posición del sujeto y con el bien jurídico, han de constituir la explicación objetiva de por qué hay un delito especial, que no una manifestación de Derecho estamental. (...) Es fundamental, pues, que la ley haya tomado en consideración la posición del sujeto”. *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, C., en *LH-Beristain*, 1989, p. 629. En sentido parecido VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 337.

⁶⁶ WAGNER, H., *Amstverbrechen*, 1975, p. 67.

⁶⁷ En este sentido Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, pp. 498 ss.; el mismo, *LK-StGB*, 11ª ed., 1994, § 28, p. 28 (núm.marg. 64), nota 132; Herzberg, R.D., GA 1991, pp. 161 ss.; Sáinz de Robles, C., en *LH-Beristain*, 1989, pp. 628 s. De acuerdo solo en algunos casos Otto, H. / Brammsen, J., “Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (Schluß)”, *Jura* 12 (1985), p. 653; Jakobs, G., PG, 2ª ed., 1995, 25/45 s.; Vogel, J., *Norm und Pflicht*, 1992, pp. 136 ss.

autoría a sujetos que toma como base la existencia de determinadas posiciones sociales no sólo no se opone al principio de igualdad ante la ley, sino que constituye, en realidad, el único modo de respetarlo. Ello sucede, por ejemplo, en los llamados delitos especiales impropios, por ejemplo en el delito de malversación de caudales públicos en relación con el delito de apropiación indebida. También en algunos delitos comunes agravados por razón del sujeto activo. Así, por ejemplo, seleccionar de entre los sujetos que podrían cometer un delito de detención ilegal, esto es, *todos*, a aquéllos que ocupan una posición social, la de autoridad o funcionario público, que les permita hacerlo con mayor facilidad, castigándoles con mayor dureza (art. 167 CP), es plenamente respetuoso con el postulado *positivo* del principio de igualdad (*lo desigual debe ser tratado de forma desigual*).

Lo mismo ocurre en los delitos especiales *proprios*. Así, por ejemplo, en el caso del delito de prevaricación judicial, si el CP 1995 ha decidido restringir el círculo de autores de dicho delito como infracción contra la Administración de Justicia, en sus distintas modalidades, a los Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales (arts. 446-449 CP), es porque la realización de la conducta típica que lesiona el bien jurídico solo se encuentra al alcance de los sujetos pertenecientes a alguna de las tres esferas sociales señaladas. En efecto, por la propia naturaleza de la Administración de Justicia y el modo en que ésta se encuentra organizada, resulta evidente que carecería de todo sentido una norma que prohibiese *dictar una resolución judicial* injusta a cualquier otra clase de sujeto. Esto es, a alguien que, por no ser ni Juez, ni Magistrado, ni Secretario Judicial, carezca de toda capacidad competencial para dictar resoluciones en el marco de un proceso judicial. De todo ello se extrae la conclusión de que la parte más importante de los delitos especiales son *delitos de posición*.

2.5. Las teorías del dominio del hecho

1. Por último, algunos autores consideran que el dominio del hecho constituye un criterio válido no sólo para la determinación de la autoría, sino, incluso, del *contenido de injusto* de toda clase de delitos. También, por tanto, del contenido de los delitos especiales. Según este punto de vista, una de las tesis centrales de las concepciones que ahora nos ocupan es la siguiente: en gran parte de los delitos especiales la cualificación del autor expresa la circunstancia de que el bien jurídico que la norma quiere proteger mediante la tipificación del delito en cuestión se encuentra implicado, o especialmente implicado, en un *ámbito de responsabilidad que depende del intraneus*. Algunas de las principales formulaciones doctrinales que siguen esta dirección son las sugeridas por Schünemann,⁶⁸ Gracia Martín⁶⁹ y

⁶⁸Vid. SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen*, 1971, p. 146 y *passim*; EL MISMO, *Unternehmenskriminalität*, 1979, pp. 88 ss.; EL MISMO, "Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht", *ZSchR*, 2ª Época, 97 (1978), 1978, pp. 152 ss.; EL MISMO, *Jura* 1980, pp. 576 ss., nota 124; EL MISMO, en SCHÜNEMANN, B., (dir.), *Deutsche Wiedervereinigung* (III): *Unternehmenskriminalität*, III, Carl Heymanns, 1996, pp. 93 y 145 ss. (propuestas *de lege ferenda*) y 153 ss. (fundamentación de las propuestas); SCHÜNEMANN, B., "Unternehmenskriminalität", en ROXIN, C. /

Rueda Martín.⁷⁰

2. Estas concepciones⁷¹ resultan atendibles, al menos parcialmente, por diversas razones. En primer lugar, debe reconocerse que estas teorías constituyen loables esfuerzos en pos de lo que podríamos llamar la *reconstrucción* de una teoría *unitaria* de la autoría. Este extremo ha sido reconocido incluso por uno de los principales representantes de la teoría de los *Pflichtdelikte*: Claus Roxin.⁷² Desde que en 1963 este último autor empezara a distinguir entre los *Herrschaftsdelikte* (en los que la autoría debería determinarse de acuerdo con el criterio del dominio del hecho) y los *Pflichtdelikte* (caracterizados, en cambio, por la infracción de un especial deber jurídico extrapenal), la teoría de la autoría quedó fragmentada, dividida en dos partes. Frente a esto, las tesis normativas del dominio del hecho se presentan como concepciones que permiten *recomponer* la unidad de la teoría de la autoría. Explican la relación de autoría que debe existir entre el sujeto que realiza el tipo y la conducta típica de acuerdo con un *único criterio aplicable a toda clase de delitos*. Se recupera para la teoría de la autoría, de esta forma, la idea de *sistema*, abandonada, en cierto modo, por la concepción tópica o casuística de Roxin.

Ya se ha señalado *supra* que una de las tesis centrales de las concepciones que ahora nos ocupan es la siguiente: en gran parte de los delitos especiales la cualificación del autor expresa la circunstancia de que el bien jurídico que la norma quiere proteger mediante la tipificación del delito en cuestión se encuentra implicado, o especialmente implicado, en un *ámbito de responsabilidad que depende del intraneus*. A mi modo de ver, esta idea es ampliamente compartible. Y lo es porque explica de modo satisfactorio el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales en sentido estricto, sin caer en el formalismo y la circularidad propios de las formulaciones puras de las teorías de los *Pflichtdelikte*. Frente a la rígida fundamentación de estas últimas teorías, las del dominio normativo se presentan como construcciones más flexibles. Este menor grado de rigidez les permite defender soluciones que atienden correctamente al diferente contenido de injusto existente, en algunos casos, entre la intervención del *intraneus* y la del

WIDMAIER, G. (dir.), en *FG-BGH*, 2000, pp. 634 ss.

⁶⁹ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, pp. 403 ss.; EL MISMO, “Die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht”, en SCHÜNEMANN, B. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (dir.), *Bausteine*, 1994, p. 19. Le sigue RUEDA MARTÍN, M.A., REDPC, 2ª Época, (8), 2001, pp. 139 s.; LA MISMA, Recensión a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, RDPC, 2ª Época, 13 (2004), pp. 509 ss.

⁶⁹ *Vid.* GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, pp. 350 ss., 361 ss., 403 ss.; EL MISMO, “Die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht”, en SCHÜNEMANN, B. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (dir.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Heymann, 1994, p. 19.

⁷⁰ RUEDA MARTÍN, M.A., “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, REDPC, 2ª Época, 8 (2001), pp. 139 ss.; LA MISMA, Recensión a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, RDPC, 2ª Época, 13 (2004), pp. 509 ss.

⁷¹ Un amplio resumen de las mismas, así como de otras afines, se encuentra en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 201 ss.

⁷¹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 744.

⁷² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 744.

partícipe *extraneus* en algunos delitos especiales.

En este contexto, considero especialmente interesante una de las ideas que se encuentran presentes en la formulación propuesta por Gracia Martín: para interpretar correctamente aquellos tipos especiales en los que el legislador ha limitado el ámbito de protección de la norma mediante la redacción de la conducta típica resulta de utilidad distinguir entre los conceptos de *status* y función.⁷³ Es cierto, como afirma Gracia, que si en la mayor parte de los delitos especiales es posible asegurar que el *intraneus* es el sujeto que ostenta el dominio del riesgo típico, ello no se debe al hecho formal de que el sujeto ostente un determinado *status*, sino a la función que materialmente desarrolla. En los delitos especiales, la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status*, sino en la *función materialmente realizada* por el sujeto. Lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre el bien jurídico, no es, en suma, el *status*, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico.

También me parece acertada la distinción entre los delitos especiales en los que el bien jurídico incide en la función desempeñada por el sujeto *de forma esencial*, y aquéllos en los que ello ocurre solo *ocasionalmente*. Creo, además, que dicha distinción puede ser de utilidad en un sentido no advertido por estos autores. Desde mi punto de vista, el criterio que ahora nos ocupa puede ser empleado, además, para delimitar los delitos especiales impropios de funcionarios de los tipos cualificados o agravados por razón de la condición de funcionario del sujeto activo. Según Gracia, cuando el sujeto realice la conducta típica *en* el ejercicio de sus funciones, o *con ocasión* de ellas, la lesión del bien jurídico será, respectivamente, *esencial* u *ocasional* al incumplimiento de la función del autor. En cualquiera de los dos casos, el autor se encontrará en una relación de dominio social con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. Se tratará de un delito especial *distinto, sui generis*. En cambio, cuando la conducta típica de un delito *no* sea realizada en el ejercicio de sus funciones, ni siquiera con ocasión de aquélla, entonces el delito en cuestión será un simple tipo agravado por razón de la mayor facilidad de ejecución de la que se favorece el funcionario público.⁷⁴

⁷³ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, pp. 364 ss.

⁷⁴ Comprobémoslo con un ejemplo. En la discusión sobre si los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP deben ser calificados como delitos especiales impropios o bien constituyen simples tipos agravados por la condición de funcionario público del autor, un argumento a favor de esta segunda alternativa es el siguiente. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los delitos “*cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual*” (arts. 529 ss. CP) y los delitos “*cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad*” (arts. 534 ss. CP), en los delitos tipificados en los arts. 167, 198 y 204 CP la autoridad o funcionario público comete la conducta típica “*fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito*”. Esto es, *como si de un particular se tratase*. Por esta razón, puede afirmarse que estos últimos delitos son *simples tipos agravados* de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada, mientras que los delitos previstos en los arts. 529 ss. CP y 534 ss. CP son en cambio, *delitos especiales propios*. Para la doctrina española, la diferencia esencial del elemento “autoridad o funcionario público” como elemento de los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP y como elemento de los delitos contra la Administración Pública no reside, en cambio, en que en los primeros tenga naturaleza *personal* y en los segundos naturaleza *objetiva*. Considero dudoso, por ello, que los elementos “autoridad o funcionario público” de los arts. 167, 198 y 204 CP deban ser calificados como elementos típicos accidentales persona-

La aplicación de este criterio permite fundamentar correctamente, además, otra conclusión, ya adelantada *supra*: también en los mal llamados delitos especiales *improprios*, el elemento que restringe el círculo de posibles autores es un elemento *esencial* que da lugar a la aparición de un *nuevo delito*. Ejemplificativo a este respecto es el caso del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP). Tal y como correctamente señala un importante sector doctrinal, este delito no consiste en un simple subtipo agravado por razón del sujeto activo del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por particular (art. 392 CP), sino en un delito *distinto* a éste.⁷⁵

III. UNA DISTINCIÓN NECESARIA: DELITOS DE POSICIÓN Y DELITOS CON ELEMENTOS DE AUTORÍA MERAMENTE TIPIFICADORES

1. De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la restricción legal del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales no siempre tiene el mismo fundamento material. A este respecto, considero no sólo posible, sino, incluso, necesario, distinguir entre *dos clases de delitos especiales*: los *delitos especiales en sentido estricto* y los *delitos especiales en sentido amplio*. Los primeros se caracterizan por que, en ellos, sólo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran en una *posición especial con respecto al bien jurídico protegido*. En los delitos especiales en sentido amplio, la restricción del círculo de posibles autores obedece, fundamentalmente, a *razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual*. Cabe afirmar, por tanto, que la categoría de los delitos especiales puede dividirse en dos clases de infracciones penales: los *delitos especiales de posición* (delitos especiales en sentido estricto)⁷⁶ y

les y, por tanto, no comunicables al particular que intervenga en aquellos delitos. En mi opinión, aquellos elementos tienen *naturaleza objetiva*, y guardan una evidente analogía con la circunstancia genérica agravante prevista en el art. 22.7ª CP. Como es sabido, el fundamento de esta circunstancia reside en el incremento de la peligrosidad *ex ante* de la conducta por la mayor facilidad de ejecución que aquella condición proporciona al sujeto que la ostente. En este sentido se pronuncian, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 9ª ed., 2011, 26/19, y VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público*, 2001, p. 31, en la doctrina; y en la jurisprudencia las SSTS 12 de mayo de 1992, 18 mayo 1993, 6 octubre 1995, 24 noviembre 1995, 2 diciembre 1997, 14 febrero 1998 y 19 octubre 2001.

⁷⁵ Claramente reveladoras de ello son, por ejemplo, las palabras de BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 5: “El legislador, en realidad, ha estructurado dos delitos diferentes. El de particular, en el que protege la fe del público en los soportes materiales de la declaración y el del oficial o funcionario público, en el que protege la creencia en la veracidad de lo declarado. Ambos delitos tienen una acción diversa: mientras que la falsificación del particular requiere una intervención material en el objeto protegido (el documento o soporte material de la declaración), en el delito de funcionario se trata, en primer lugar, de una falsa documentación de hechos”.

⁷⁶ También defendiendo la categoría de los delitos especiales de posición, aunque desde presupuestos dogmáticos distintos a los que sirven de base al presente trabajo, ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 125 s., PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber”, en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1429; ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, *Indret* 4/2008, pp. 15 s.; HADWA, M., “El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal”, *PCrim.* 3 (2007), p. 17.

los *delitos especiales con elementos meramente tipificadores* (delitos especiales en sentido amplio).

2. La primera de estas dos clases de delitos especiales, la representada por los delitos especiales en sentido estricto, o *delitos especiales de posición*, debe comprender, a su vez, dos distintos grupos de delitos: los consistentes en el *incumplimiento de una función institucionalizada* (*delitos especiales de posición institucional*); y los que se fundamentan en el *incumplimiento de una función social no institucionalizada* dimanante de una determinada posición social no institucional (*delitos especiales de posición no institucional*). Tanto los primeros como los segundos son delitos de posición, porque tanto en unos como en otros el elemento fundamental explicativo de la restricción del círculo de posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la *posición de especial accesibilidad* en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico protegido.

3. No obstante, el contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado exclusivamente por el ya referido *elemento organizativo*, esto es, el relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo con respecto al bien jurídico protegido. En algunos delitos especiales de posición, junto al mencionado elemento organizativo, aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal, se encuentra un segundo elemento adicional: el relativo a la *infracción* por parte del autor *de un deber jurídico especial* de naturaleza *extrapenal*. Así las cosas, en los delitos especiales en sentido estricto o de posición, el elemento, cualidad o relación empleado por el legislador para la delimitación del círculo de posibles autores puede presentar una *doble dimensión objetivo-personal*. Por una parte, *objetiva*, esto es, comunicable a todo aquel interviniente en el hecho que la conozca. Por otra, *personal*, es decir, incomunicable al *extraneus*, de tal modo que la ausencia en éste puede descargarle de una parte de su responsabilidad por la intervención en el hecho.⁷⁷

4. Comprobemos la capacidad de rendimiento de lo que acaba de ser afirmado por medio de algunos ejemplos. Probablemente, la constelación delictiva más característica de lo que hemos llamado los delitos especiales de *posición institucional* son los *delitos de funcionarios*. En ellos, y salvo en determinados supuestos específicamente previstos por la Ley, la indemnidad del bien jurídico protegido depende de determinados sujetos (los funcionarios públicos) que ostentan la titularidad formal y material de la esfera funcional pública particularmente formalizada en la que aquél se encuentra inmerso, y a la que difícilmente tendrá acceso el no funcionario. Por esta razón, cuando esto último suceda, la contribución al hecho del

⁷⁷ En términos parecidos, refiriéndose ya concretamente a aquellos elementos que ocuparían un status intermedio entre los puramente personales y los completamente impersonales como ámbito natural de aplicación del art. 65.3 CP, en atención al fundamento material de este precepto, PEÑARANDA RAMOS, E., en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1449. También de la opinión de que una buena parte de los delitos especiales (los por él denominados delitos especiales de deber) son de naturaleza mixta, compuesta por un elemento organizativo de dominio y un elemento institucional de deber especial, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, 2005, p. 69.

no funcionario será, por definición, de menor intensidad, por lo que la atenuación de su pena estará plenamente justificada.

No obstante, de acuerdo con lo que se ha afirmado *supra*, los delitos especiales de posición institucional se caracterizan, además, por la concurrencia en el *intraneus* de un *deber especial personalísimo* de naturaleza extrapenal. Así, por ejemplo, el Juez que dicta una resolución injusta, además de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, quebranta por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública que presta. En mi opinión, a pesar de no ser éste el elemento determinante del injusto de la conducta típica,⁷⁸ tiene pleno sentido afirmar que la ausencia de dicho elemento en el *extraneus* servirá para descargar su conducta de una parte del injusto de la realizada por el *intraneus*: aquélla que, por tener contenido personalísimo, no le resulta comunicable.⁷⁹

5. Por su parte, en los delitos especiales de posición no institucional dimanante de una determinada posición social no institucional, el fundamento del dominio del riesgo típico reside, como en los delitos especiales de funcionario, en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición especial* de dominio respecto del bien jurídico. En virtud de esta circunstancia, el bien jurídico se presenta frente al *intraneus* como *especialmente vulnerable*. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de descubrimiento y revelación de secreto profesional (art. 199 CP), en los delitos societarios (arts. 290-295 CP) o en el delito fiscal (art. 305 CP), entre otros muchos.

También en estos delitos, quien se encuentra en la posición especial descrita por el tipo, esto es, el *intraneus*, se encuentra obligado por un *deber jurídico extrapenal*. Así, por ejemplo, en el delito previsto en el art. 199 CP, el profesional que tiene conocimiento de la información sensible como consecuencia del ejercicio de

⁷⁸ De otra opinión ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 133. este autor acepta que también en los “delitos especiales de deber” —que vendrían a corresponderse, en lo sustancial, con los aquí denominados “delitos de posición institucional”— el legislador selecciona una serie de posiciones de afectación al bien jurídico, aunque acaba concluyendo que el injusto de estos delitos consiste, “*primariamente*”, en el incumplimiento del haz de deberes que define dicha posición. No en vano, ROBLES llega a afirmar, por fin, que “los únicos delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que el contenido de injusto se agota en la infracción de *determinados* deberes especiales”. Puede concluirse, por tanto, que en la concepción de ROBLES, aunque también en los delitos especiales de deber el *intraneus* se encuentra en una especial posición de afectación al bien jurídico, el elemento determinante del contenido de injusto de esta constelación de delitos no reside en dicha posición especial, sino en el quebrantamiento personal de los correspondientes deberes jurídicos especiales que recaen sobre el *intraneus*. Sin embargo, si en todos los delitos puros de funcionario el injusto viene determinado por el quebrantamiento de la confianza depositada por el Estado en el *intraneus*, y no por la concreta posición de afectación al bien jurídico que éste ocupa, no se alcanza a ver, entonces, dónde reside la concreta diferencia entre el específico contenido de injusto de, por ejemplo, el delito de prevaricación judicial, y el correspondiente a cualquier otro delito puro de funcionario, como, por ejemplo, el de cohecho o infidelidad en la custodia de documentos. En contra de la existencia de delitos especiales *puros* de infracción de deber en el sentido defendido por ROBLES, se muestra también PEÑARANDA RAMOS, E., en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1429 s., nota 30.

⁷⁹ De esta opinión SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 72 y 74, que considera, además, que debe tratarse de una “*atenuación trascendente al marco penal típico del autor intraneus, que, desde el mínimo hasta el máximo, viene determinado por la infracción del deber institucional por parte de dicho intraneus*”. Discrepa de este planteamiento ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 121, que considera que “*el mantenimiento de la unidad del título de imputación no casa con la posterior atenuación de la pena del extraneus*”.

su profesión se encuentra vinculado por una serie de reglas especiales de naturaleza deontológica, entre las que se encuentra aquella que le obliga a mantener en secreto la información personal del paciente. Ello guarda relación, como es lógico, con la posición que ocupa el profesional con respecto al titular de la mencionada información sensible, que deposita su confianza (y su intimidad) en el profesional, con la expectativa de que dicha información no sea revelada a un tercero. Algo parecido sucede con los delitos societarios, en los que el administrador, en correspondencia con la posición que ocupa en la sociedad, se encuentra obligado por deberes jurídicos especiales, tales como, por ejemplo, el consistente en no realizar las funciones propias de su cargo con deslealtad hacia sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren (art. 295 CP).

6. No obstante, entre los deberes extrapenales disciplinarios que se encuentran en la base de los delitos especiales de posición institucional y los que se infringen en los restantes delitos especiales de posición existen algunas diferencias cualitativamente relevantes dignas de ser destacadas.

En la primera clase de delitos especiales de posición, el deber extrapenal infringido por la autoridad o funcionario público mediante la comisión del delito consistirá, habitualmente, en un deber personal de lealtad o fidelidad derivado de la especial vinculación que une al sujeto con el cuerpo administrativo del que depende. Se trata, por tanto, de un deber jurídico de naturaleza *disciplinaria* resultante de la *relación especial de sujeción* en la que se halla la autoridad o funcionario público con respecto a la Administración.⁸⁰

En cambio, en el caso de los delitos especiales de posición no institucional, los deberes extrapenales paralelos suelen entremezclarse con los deberes jurídico-penales cuya infracción constituye el núcleo mismo del injusto de la conducta típica, hasta el punto de resultar prácticamente imposible separar unos de otros. En el caso de esta segunda clase de delitos especiales de posición, las dos dimensiones del elemento delimitador de la autoría, la *objetiva* u organizativa y la *personal* o relativa a la infracción del deber extrapenal, se hallan entrelazadas de forma prácticamente indisociable. En los delitos de posición no institucional, los deberes especiales paralelos *de naturaleza extrapenal* que conviven con los correspondientes deberes jurídico-penales (los que obligan al sujeto a organizar su esfera de dominio de modo que no resulte lesionado el bien jurídico) resultan, precisamente, de la especial posición organizativa que ocupan determinados sujetos con respecto al fomento y la indemnidad del bien jurídico protegido.

7. Así, por ejemplo, en el ya mencionado *delito de revelación de secreto profesional*, el deber extrapenal consistente en la obligación deontológica de mantener en secreto la información transmitida por el cliente, presente en la práctica totalidad de los Estatutos Generales reguladores de las diferentes profesiones, participa de

⁸⁰ En un sentido parecido ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., Indret 4/2008, p. 26.

idéntico objeto y fundamento que la prohibición en que consiste la norma primaria que subyace al tipo penal. Lo mismo ocurre en los *delitos societarios* con los deberes especiales previstos para el administrador de una sociedad en la legislación mercantil. Esto es, tanto los *deberes de fidelidad* (art. 127 bis LSA), extensivos a quien actúe como administrador de hecho (art. 133.2 LSA), y consistentes en la obligación general de actuar a favor del interés de la sociedad, como los *deberes de lealtad* (art. 127 ter LSA).⁸¹ Como ya se apuntó *supra*, también debe ser calificado como delito especial de posición no institucional el *delito fiscal*. En este delito, el obligado tributario, único posible autor del delito, ocupa frente a otros sujetos ajenos a dicha relación (asesores fiscales, etc.) una posición especial con respecto al fomento y la indemnidad del bien jurídico protegido en dicho delito, esto es, el Erario público,⁸² de la que se desprende un deber jurídico-penal especial de no defraudación tributaria.⁸³ Dicho deber coincide, sustancialmente, con el deber extrapenal que la Ley General Tributaria impone al obligado tributario, consistente en la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas.⁸⁴

También en estos delitos el carácter personal del deber extrapenal podría contribuir a la eventual atenuación de la pena del *extraneus* partícipe. Sin embargo, en la medida en que, según se ha dicho, en los delitos especiales de posición no institucional los deberes especiales extrapenales de referencia son prácticamente inherentes al injusto penal, en estos casos la atenuación de la pena del *extraneus* dependerá, fundamentalmente, del mayor o menor grado de hermetismo de la esfera organizativa en la que se encuentre inmerso el bien jurídico, y, por ende, de la mayor o menor distancia que separe a *intraneus* y *extraneus* de la accesibilidad al bien jurídico. Esto es, del elemento organizativo del injusto del delito.

8. Las dos clases de delitos especiales de posición difieren, además, en lo que respecta a la posibilidad de que un *extraneus* pueda responder como autor mediato del correspondiente delito. Por ejemplo: ¿puede responder como autora mediata de un delito de prevaricación judicial la esposa del Juez, experta en derecho, que redacta personalmente una resolución injusta favorable a una amiga suya, y que el

⁸¹ Que consisten, según este precepto, en la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas; la de realizar en beneficio propio o de personas vinculadas operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador; el deber de comunicar al consejo de administración las situaciones de conflicto (directo o indirecto) que pudieran tener con el interés de la sociedad; el deber de comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o funciones que en ella ejerzan; y, por último, el deber de comunicar la realización del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social.

⁸² *Vid.*, a este respecto, entre otras muchas resoluciones, las STC 50/95 y STS 12-3-86.

⁸³ Gráfico es, a este respecto, el art. 19 LGT: “La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria”.

⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 70 s.; HADWA, M., “El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal”, PCrim. 3 (2007), pp. 6 y 17.

Juez procede a firmar sin advertir el cambio realizado?⁸⁵ ¿Es autor de un delito contra la Hacienda Pública el asesor fiscal que elabora una declaración fiscal fraudulenta presentada ante la Agencia Tributaria por su cliente, el obligado tributario, sin advertir el carácter irregular de la misma? Desde una perspectiva *de lege lata*, la respuesta es clara: no puede ser autor de un delito, ni directo ni mediato, aquel sujeto en quien no concurren los elementos de autoría previstos en el correspondiente tipo.⁸⁶ Así, si el art. 446 CP, en el que se encuentra tipificado el delito de prevaricación judicial, exige la concurrencia en el autor del elemento “*Juez o Magistrado*”, es evidente que sólo un sujeto en quien concorra alguno de dichos elementos podrá ser autor, directo o mediato. Del mismo modo, cuando el art. 305 CP describe la conducta típica como la “*elusión del pago de tributos*”, es obvio que se está refiriendo a la falta de cumplimiento de una obligación propia, de tal modo que sólo podrá ser autor del delito el *obligado tributario*,⁸⁷ por lo que tampoco el asesor que provoca que su cliente presente una declaración defraudatoria podría ser castigado como autor de un delito especial. La razón es clara: el principio de legalidad lo impide.

9. ¿Resulta aplicable el art. 31 CP para colmar estas aparentes lagunas de punibilidad? De conformidad con este precepto “*el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”.

Según se acepta comúnmente, el art. 31 CP dispone una regla de extensión de la autoría al *extraneus* cuando actúa en nombre o representación del *intraneus* en el marco de un *delito especial propio*.⁸⁸ Pues bien: suele entenderse, con razón, que

⁸⁵ El ejemplo es de HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 119.

⁸⁶ De otra opinión, entendiéndose que delitos como el fiscal o los societarios no son auténticos delitos especiales, de tal modo que cualquiera que ocupe la posición especial de afectación al bien jurídico en la que se encuentra inicialmente el obligado tributario o el administrador podrá acabar respondiendo como autor CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento de la información societaria inveraz*, Bosch, 2003, pp. 175 ss.; ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 132. Defiende una postura aparentemente similar HADWA, M., “El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal”, PCrim. 3 (2007), p. 15.

⁸⁷ Defiende también esta postura, refiriéndose al carácter personal del verbo “*eludir*”, *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 53 s., nota 42. De otra opinión ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., *Indret* 4/2008, pp. 33 y 37. De otra opinión HADWA, M., PCrim. 3 (2007), pp. 6 y 17, negando el carácter personalísimo de este deber jurídico extrapenal, por no vincular exclusivamente, en su opinión, al obligado tributario, sino a “*todas las personas en general*”.

⁸⁸ *Vid.*, entre otras muchas resoluciones, las SSTS 1940/00, 18-12; SSAP Barcelona 10ª, 4-4-01; Palencia 4/02, 11-2; Valencia 5ª, 28/03, 27-1. No obstante, la jurisprudencia minoritaria considera, de forma incorrecta, que el art. 31 también resulta de aplicación a delitos comunes, como la estafa (SSTS 846/00, 22-5; SSAP Guipúzcoa 2ª, 2154/03, 12-8; Alicante 7ª, 38/02, 29-7; Ávila, 8/00, 8-2), coacciones (SAP Toledo 1ª, 5/01, 2-1), lesiones (SAP Tarragona 1ª, 8-10-99), realización de actividad sin seguro obligatorio (SAP Segovia, 86/99, 29-11-99), o desobediencia (SAP Huesca 12-2-01); o a delitos cuya condición de “especiales” resultaría, cuanto menos, discutible, como el delito ecológico (SSAP Barcelona 5ª, 18-7-01; 8ª, 7-5-01; 3ª, 15-11-00; Palencia, 23/00, 9-11; Cádiz 7ª, 173/00, 27-6; A Coruña 5ª, 10/00, 2-5). Sobre todo esto *vid.*, por todos, MIR PUIG, S. / GÓMEZ MARTÍN, V., “Artículo 31 CP”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 126

cuando el art. 31 CP se refiere a las “*condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo*”, no alude a los elementos de autoría de *todos* los delitos especiales propios, sino, como es lógico, sólo a aquellos *susceptibles de representación*. De acuerdo con esta interpretación restrictiva del art. 31 CP, perfectamente compatible, quedarán excluidos del precepto aquellas “*condiciones, cualidades o relaciones*” que, por su carácter personalísimo, sólo pueden ser imputadas de forma personalísima, esto es, únicamente a aquellos sujetos en quienes concurren personalmente.

La aplicación de este precepto a casos como los que han sido expuestos *supra* puede encontrarse con inconvenientes de difícil resolución. Uno de ellos es, por ejemplo, el *carácter irrepresentable* del elemento de autoría del correspondiente delito especial de posición. No es susceptible de representación, por ejemplo, el elemento “*autoridad o funcionario público*” del delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP), dado el carácter altamente personal de este elemento. Tampoco será extensible la condición de obligado tributario del delito fiscal (art. 305 CP) al asesor fiscal. Como se ha apuntado *supra*, la elusión del deber de contribuir a la Hacienda Pública prevista por el legislador para el delito que nos ocupa consiste en una conducta exclusivamente realizable de propia mano por el contribuyente. Debido a ello, el asesor fiscal carece en este ámbito, por principio, de toda capacidad para actuar en nombre o representación legal o voluntaria del sujeto pasivo del tributo.

10. Cuestión distinta a lo anteriormente expuesto es si, desde una perspectiva *de lege ferenda*, sería dogmáticamente correcto que el legislador penal convirtiera al *extraneus* en autor mediato de un delito de posición con el objeto de colmar supuestas lagunas de punibilidad. En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada *afirmativamente*. No obstante, no cabe ignorar que el ámbito en el que el legislador encontrará mayores inconvenientes para proceder de este modo será el de los delitos especiales de posición institucional.⁸⁹ En esta clase de delitos, no sería dogmáticamente sostenible, por ejemplo, una redacción típica que concibiese el elemento altamente personal relativo a la “*autoridad o funcionario público*” como un elemento susceptible de ser realizado de forma no directa, esto es, a través de otro. Tampoco lo sería una redacción que entendiera realizable mediatamente la conducta típica indisolublemente vinculada a la condición personal de su autor. Así, por ejemplo, resultaría frontalmente contradictorio con el carácter altamente personal del deber extrapenal infringido por el *intraneus* un hipotético tenor literal del art. 446 CP como el que sigue: “*el particular que, utilizando a un Juez o Magistrado,*

⁸⁹ En un sentido parecido SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 65 ss. Con la tesis defendida en el texto principal se da respuesta a la siguiente cuestión, planteada ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 137: “*Quien admita el castigo por un delito de prevaricación al particular que induce a un juez a dictar una sentencia injusta, deberá admitir —a fortiori— el castigo por el mismo delito si lo que hace es engañarle dolosamente para que la dicte*”. En mi opinión, no existe inconveniente en admitir el castigo del *extraneus* en ambos supuestos, aunque en el segundo caso únicamente desde una perspectiva *de lege ferenda*.

dictare sententia o resolución injusta...". Ya que, como es lógico, el dictado de resoluciones judiciales es competencia exclusiva y personal del Juez o Magistrado. Por esta razón, un particular nunca podrá llevarla a efecto, ni directamente ni a través de otra persona. A lo sumo, únicamente podrá *provocar* que un Juez o Magistrado la realice, por ejemplo utilizándolo como un instrumento que actúe en error o sin libertad.⁹⁰

11. La última clase de delitos especiales, los que sólo pueden ser calificados como tales en un sentido amplio, se caracteriza por que, en ellos, la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en la posición ocupada por el *intraneus* con respecto al bien jurídico, ni en el incumplimiento de función institucional o social alguna resultante de aquella posición especial. Tal limitación se produce a través de *elementos de autoría meramente tipificadores de una realidad fenomenológica habitual*. Ello ocurre, por ejemplo, en delitos como el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1º CP) o el de exhibicionismo masculino en Alemania (§ 183 StGB). Huelga decir que ni en el primero de estos delitos el deudor infringe mediante la realización del acto de alzamiento un deber jurídico especial consistente en no insolventarse en perjuicio de acreedores, ni en el segundo el exhibicionista infringe deber jurídico alguno que tenga por objeto la no realización de actos de exhibicionismo. En estos delitos, la restricción del círculo de posibles autores obedece, antes bien, a la constatación empírica por parte del legislador de que ciertas conductas delictivas *acostumbran a ser realizadas* por determinados grupos de sujetos.

Que en estos delitos sólo ciertos sujetos puedan ser autores no significa, por tanto, que cuando sujetos ajenos a dichos grupos intervengan en la ejecución del hecho delictivo sus conductas deban ser merecedoras de una atenuación de la pena. Del mismo modo que ocurre en los delitos de posición, también en los delitos con elementos de autoría meramente tipificadores resultaría dogmáticamente defendible, desde una perspectiva exclusivamente *de lege ferenda* —no, por tanto *de lege lata*, como consecuencia del principio de legalidad— la comisión del delito por autoría mediata de un *extraneus*.

12. *De lege ferenda*, la clasificación bipartita de delitos especiales defendida en el presente trabajo (delitos especiales de posición y delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores) puede producir importantes efectos en orden a la solución del problema relativo a si debe responder el *extraneus* que participa en el delito especial con una pena atenuada con respecto a la prevista para el *intraneus*.

Según entiendo, en los delitos especiales de posición, la atenuación de la pena del *extraneus* puede encontrarse, en principio, justificada, porque el sujeto no cualificado se halla más alejado que en los delitos comunes del dominio del riesgo

⁹⁰ En un sentido similar, aunque calificando como "*delitos especiales de deber o delitos especiales en sentido estricto*" los aquí denominados "delitos de posición institucional", SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 67.

típico ostentado por el *intraneus*. Concretamente, en el marco de este grupo de delitos, es posible afirmar que en los delitos de posición no institucional (delito de descubrimiento y revelación de secreto profesional, delitos societarios, delito fiscal, etc.) la “distancia” que existe entre el *intraneus* y el partícipe *extraneus* es inferior en los delitos de posición institucional.⁹¹ Tal eventualidad obedece a que en esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en la que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas, ni están tan formalizadas como en los delitos de posición institucional. Por esa razón, tales esferas resultan *más penetrables* por terceros extraños, de modo que éstos últimos podrán realizar —y normalmente realizarán— *aportaciones al hecho más relevantes* que en los ya mencionados delitos de posición institucionalizada. No obstante, también en la tipología delictiva que ahora nos ocupa la aportación del partícipe extraño tendrá, en algunos supuestos, un *menor contenido de injusto*. Concretamente, en aquellos casos en los que la falta de dominio del riesgo por parte del *extraneus* resulte difícilmente subsanable, por no ocupar —a diferencia de lo que ocurre con el *intraneus*— una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. En tales supuestos procederá la atenuación de la pena del *extraneus*, por aplicación del art. 65.3 CP.

Lo anterior no se cumple, en cambio, en los delitos especiales en sentido amplio. En esta tercera clase de delitos especiales, no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza a la conducta del *intraneus*. Siguiendo en este extremo a Herzberg,⁹² en los delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores, la ausencia del referido elemento en el partícipe no determina que el contenido de injusto de la conducta de éste sea menor que el de la conducta del autor cualificado.

De esta clasificación se deduce, en suma, la existencia de ciertos delitos especiales en los que la participación de *extranei* merece una pena inferior a la del *intraneus*, y la de otros en los que, en cambio, ello no ocurre. Teniendo en cuenta esta circunstancia, debe considerarse *preferible* el carácter *facultativo* (y no obligatorio) de la atenuación de la pena del *extraneus* previsto en el actual art. 65.3 CP.

⁹¹ De otra opinión PEÑARANDA RAMOS, E., en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1428.

⁹² HERZBERG, R.D., *JuS* 1983, p. 741.